

REGISTRO N° 18349

/1/la Ciudad de Buenos Aires, a los 19 días del mes de abril del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores W. Gustavo Mitchell y Luis M. García como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado de la C.S.J.N., doctor Gustavo Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 902 y vta. -fundamentada a fs. 903/939- de la causa n° 12.980 del registro de esta Sala, caratulada: "Montevidoni, Hugo Gabriel s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé, la querella por el doctor Alejandro Higa y la defensa particular por los doctores Jorge A. Valerga Aráoz y Jorge A. Valerga Aráoz (h).

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Luis M. García y en segundo y tercer lugar los doctores Guillermo J. Yacobucci y W. Gustavo Mitchell, respectivamente.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

1º) Que por sentencia de fecha 2 de julio de 2010, cuyos fundamentos obran a fs. 903/939, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 21 de esta ciudad absolvió a Hugo Gabriel Montevidoni, por los hechos por los que se había requerido la remisión del caso a juicio bajo la calificación de abuso sexual agravado por el vínculo en tres oportunidades en concurso material entre sí, a su vez en concurso real con abuso sexual agravado por el vínculo y por mediar acceso carnal, con costas en el orden causado (arts. 45 y 119, primer y tercer párrafo con la agravante del inciso "b" del Código Penal y arts. 402, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Contra dicha decisión, la querella interpuso recurso de casación

(fs. 957/990 vta.), el que concedido por el *a quo* (fs. 991/992), fue mantenido en esta instancia (fs. 1007).

2º) Que la querella ha encarrilado el recurso según el art. 456, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación, en función de sus arts. 123 y 404, inc. 2º, invocando “*la ausencia de fundamentación en la sentencia*”.

En tal sentido, expresó que la resolución impugnada “*es sólo aparente y contiene vicios lógicos, con apartamiento de las reglas de la experiencia, es decir dejando de lado el principio de la sana crítica*” (fs. 978 vta.).

Tras señalar que “[...] *no debe perderse de vista que estamos ante hechos que suelen suceder en la intimidad y en situaciones especiales en las que el sujeto activo del delito es un familiar tan cercano, con una víctima con muy pocos recursos como lo es la propia hija, que en tanto el adulto es además el que debe cuidarla, resulta muy compleja para la propia niña la situación que está viviendo*” y que “[...] *tratándose de tocamientos y felaciones estamos ante situaciones que sólo pueden comprobarse a través de las manifestaciones de la propia víctima y las que puedan arrimar otros indicios y elementos concordantes que determinen la validez y certeza del testimonio de la niña Giuliana*”, la querella manifestó que “[...] *en la sentencia en crisis se omitió considerar y valorar la prueba más relevante para la resolución del caso [...]*” que son “[...] *los dichos de la niña Giuliana [...]*”, de manera que “[...] *no se evaluó cómo y por qué la niña dijo lo que dijo, y en tal sentido, porque no se valoró no se arribó a la sentencia condenatoria del imputado*” (fs. 979/980).

Después de referirse al relato recibido de la niña, el recurrente adujo que ha quedado demostrado “[...] *la espontaneidad de las expresiones de la niña [...]*”, así como que “[...] *no se valoraron los dichos de Giuliana sino el contexto en que esos dichos fueron realizados [...]*”, “[...] *resultando contradictorias algunas de las conclusiones de la sentencia*” (fs. 981 y vta.).

En tal sentido, agregó que el relato de la niña “[...] *describe detalles, circunstancias, modos que se condicen con la experiencia vivida, de contenido sexual [...]*” y que “[...] *su propio discurso [...]* *debe ser contemplado, no de forma fragmentaria sino tomado globalmente dentro del*

universo del discurso de la menor" (fs. 983).

También señaló que la omisión de valorar los dichos de la menor “[...] *resulta difícil de compatibilizar con una de las certezas a las que arribó el Tribunal por imposibilidad de convivencia mutua en un mismo discurso, por ser contradictorio*”. Ello así en tanto el *a quo* descartó que la niña haya sido inoculada por los mayores para manifestarse en un sentido determinado. Por ello dijo que “*si el discurso de la niña no ha sido inoculado significa que le es propio, le es legítima a su vivencia. Que puede hacerlo porque con sus sentidos vio y percibió todo aquello sobre lo que luego expuso. Nadie se lo dijo, ni se lo hizo creer ni la incentivó para que lo dijera*”(fs. 984 vta./985).

Señaló que más allá que el propio tribunal oral hace este reconocimiento, durante el debate las licenciadas en psicología Barchietto, Milite y Ostersa afirmaron que no se observó inducción o inoculación del discurso, a lo que agregaron que tampoco percibieron fabulación ni ideación patológica, del mismo modo en que ha emitido opinión en su informe de la Psiquiatra Dra. Berlinerblau-.

Respecto del “*discurso indeterminado*” al que hace referencia la Lic. Barchietto, manifestó que a los fines interpretativos deben valorarse los elementos que aporta la historia clínica de fs. 193/215, transcrita a fs. 264/272, puesto que “[...] *aquí se determina y se reconstruye históricamente el suceso vivido por la niña Giuliana*”. En tal sentido, dijo que “[...] *esa historia clínica refleja un tratamiento con la Lic. Milite que ha ido desde abril de 2005 hasta el 21 de abril de 2006, mientras que las entrevistas con la Lic. Barchietto se desarrollaron en tres encuentros, dos de los cuales fueron perturbados*” (fs. 986 vta./987).

Asimismo, hizo alusión al testimonio de la Dra. Berlinerblau de fs. 570, así como al informe de fs. 348 en cuanto afirma que “[...] *por los dichos y el discurso manifiesto, la niña se ha visto expuesta a estímulos externos de contenido sexual*” (fs. 987 vta.).

Con relación al contexto de conflictividad y agresividad en que se encontraba envuelto el matrimonio Montevidoni-Bosso Scarpinello al que hace referencia el tribunal de juicio, la querella expresó que ello es “*desviar la cuestión relevante*”, que es “[...] *saber si la menor Giuliana ha sido víctima*

del delito que se le imputa a Montevidoni. No está en juzgamiento la cuestión marital sino la integridad sexual de la menor[...]” -fs. 988 vta.-.

En definitiva, el impugnante aseveró que el tribunal oral “[...] *se olvida del sentido común y de valorar el conjunto de la prueba reunida que respalda la única respuesta lógica al interrogante sobre la comisión del delito denunciado*” (fs. 989).

3º) Que en su presentación en término de oficina -art. 466 del Código Procesal Penal de la Nación- de fs. 1022/1053 vta., la defensa particular instó el rechazo del recurso de casación.

Por un lado, reputó inadmisible el recurso alegando “*afectación al principio ne bis in idem por riesgo de que exista una doble persecución por el mismo hecho*”, con cita del caso de Fallos: 336:1687 (“David Andrés Sandoval”), y sus citas.

En subsidio, sostuvo la inocencia del imputado y promovió la confirmación de la sentencia absolutoria. En este marco, señaló que la querella “[...] *no acreditó las circunstancias de tiempo, modo y lugar[...]*.” en que los hechos habrían sido cometidos; hizo alusión crítica a la conducta de Griselda Bosso Scarpinello en cuanto tuvo que ver con la realización de la denuncia y al testimonio de la psicóloga privada Milite; cuestionó la declaración de la empleada doméstica Victoria Echeverría, la de Bosso Scarpiniello y la de su madre Rosa María Scarpiniello; calificó de “*extraña*” a “[...] *la cronología tal como fue presentada de lo sucedido entre el 21 y 23 de agosto [...]*”; indicó que más que indicadores de abuso sexual infantil, las manifestaciones de la niña la colocan en el centro del llamado “*síndrome de alienación parental*”; citó los dichos de la directora y la maestra de la escuela a la que aquella asistía respecto del día 22/8/05; alegó que “*los informes periciales incorporados al sumario tienden a demostrar la verdad: Montevidoni no abusó sexualmente de su hija, ni de febrero a abril de 2005, ni el 21 de agosto de ese año*”, examinando los informes respectivos y cuestionando la declaración de la licenciada Milite, puso en cuestión la seriedad de los métodos aplicados por la mencionada psicóloga, que fueron seriamente cuestionados por sus propios pares; e insistió en que la denuncia por abuso sexual fue llevada a cabo en el marco de un importante conflicto familiar.

4º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación.

-II-

Corresponde abordar en primer lugar la objeción de la defensa formulada en el término de oficina (fs. 1022/1052) en cuanto pretende -con cita de los arts. 18 CN, 8.4 CADH y 14.7 PIDCP- que el recurso de la querella contra la sentencia de absolución del imputado, que pretende la realización de un nuevo juicio, afecta la prohibición de persecución penal múltiple.

Sustenta su pretensión en los argumentaciones del voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bossert en el caso de Fallos: 321:1173 ("Alvarado, Julio"), en el voto en disidencia del juez Petracchi en el caso de Fallos: 329:1447 ("Olmos, José Horacio") y en la decisión de la Corte en el caso de Fallos: 333:1687 ("Sandoval, David"). Argumenta que la acusación no ha objetado la validez de los actos procesales que integraron el debate sino que sólo ha impugnado la sentencia por supuestos vicios de motivación, por lo que debe concluirse que el juicio oral seguido a Montevidoni ha sido válidamente cumplido en su totalidad. De allí sostiene, con cita de la disidencia del caso "Alvarado" que no hay lugar para retrotraer un proceso penal a etapas ya superadas cuando éstas han sido cumplidas observando las formas sustanciales del proceso que la ley establece. De suerte que si lo que se pretende es invalidar la sentencia en virtud de vicios intrínsecos de ésta, no es posible reanudar actos que al dictarse la sentencia que se reputa inválida, ya habían sido adecuadamente cumplidos.

Concuerdo con el juez que lidera este acuerdo en que los jueces deben ajustarse a las decisiones dictadas por la Corte Suprema en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699 y 321:2294), deber que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (arg. Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas), en tanto no se aporten argumentos novedosos que pongan en crisis la

doctrina establecida por la Corte Suprema.

A este respecto, si la Corte Suprema ha sentado doctrina sobre una cláusula de la Constitución, y el caso que deben decidir los tribunales inferiores guarda sustancial analogía con la decisión de la Corte en la que aquella doctrina ha sido sentada, entiendo irrelevante discurrir acerca de si esa doctrina es jurídicamente obligatoria y de seguimiento imperativo por los tribunales inferiores, o si su seguimiento deriva de una regla utilitaria sin carácter normativo. En cualquier caso incumbe a los tribunales inferiores examinar la existencia de una doctrina de la Corte, su aplicabilidad al caso, sus razones, y eventualmente la exposición de razones propias para apartarse de aquélla. Ello es así pues la independencia como atributo de la jurisdicción no implica que cada juez esté autorizado a decidir aislado del sistema del Poder que integra (confr. *mutatis mutandis* mi voto en la causa n° 10.405, “Petrelli, Oscar Enrique s/ recurso de casación” -rta. 18/03/2009; Reg. N° 14.075-).

He expresado en el caso citado que, si hay algo que parece indiscutible es que los jueces deben ser independientes y sólo están sujetos a la ley, porque si no son independientes ni se sujetan a la ley, pierden dos de los tres atributos que los definen como tales en una República desde el punto de vista constitucional, y sólo queda remanente el poder de decidir casos -poder de jurisdicción de los arts. 116 y ss. C.N.- pero sin sujeción a la ley, esto es según su mejor arbitrio.

Sin embargo la independencia judicial no puede compararse en su esencia a la independencia que reclaman los librepensadores, y que en lo privado también los jueces pueden reclamar, por ejemplo, bajo la garantía de la libertad de expresión. En el ámbito del ejercicio de la jurisdicción los jueces no tienen libertad de expresión, en primer lugar porque no tienen libertad de callarse: cuando su jurisdicción está habilitada tienen obligación de pronunciarse, sus sentencias no son en ese sentido un acto facultativo de su libertad de pensamiento y expresión. Aunque sus sentencias sean eventualmente el objeto del debate público y del intercambio de ideas en una sociedad democrática, las expresiones que los jueces formulan en ellas son declaraciones públicas de órganos oficiales del Estado, que tienen un

cometido: decidir casos con el fin de afianzar la justicia (arts. 116 y Preámbulo, C.N.). Por ello, el discurso de la deliberación, aunque libre como consecuencia de la independencia judicial, no es un discurso desconectado del caso y de las reglas pertinentes, y por ende no es comparable al discurso del debate político o académico en una sociedad democrática, en el que la libertad de expresión es inherente.

Por cierto, aunque los jueces están sujetos a la ley, su independencia, entendida como presupuesto del ejercicio de la jurisdicción en un sistema republicano, incluye la facultad de interpretar el alcance de la ley sin sujeción a otros poderes, y en principio, sin sujeción a instrucciones de otros jueces, cualquiera que sea la competencia y ubicación institucional de estos jueces.

Sin embargo, es una decisión clara de los Constituyentes que los jueces no son independientes en el sentido de que sus sentencias estén libres de todo examen, revisión o reformas por otros jueces. Los arts. 116, 117 y 75, inc. 20, C.N. constituyen los cimientos de un diseño del Poder Judicial de la Nación, en el que la ley establece los tribunales y las jurisdicciones de apelación. Los jueces -aunque independientes cuando deciden- conocen de casos en los que sus decisiones son susceptibles de impugnación por los recursos que concede la ley, y por ende de reforma o anulación. Y en este último caso, deben ajustarse a lo que dispone la sentencia de reforma o anulación.

Desde otra perspectiva, aun los jueces independientes deben atender también a la jurisprudencia establecida por los tribunales que tienen jurisdicción para revisar sus decisiones, porque el deber de afianzar la justicia les impone considerar si la decisión que habrán de tomar superaría probablemente un recurso o impugnación de la parte afectada.

En otras circunstancias me he expresado sobre este problema al emitir mi voto en la causa n° 6025, del registro de esta SALA II, "Condori Mamani, Miguel Ángel s/recurso de casación" (rta. 13/08/2008, Reg. N° 13.070), donde desarrollé las razones por las que entendía que debía seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema a pesar mi inteligencia contraria de una disposición del Código Penal. Considero oportuno reproducir aquí esas

razones.

Dije entonces que no se trata aquí de buscar un valor “moral” del pronunciamiento, o de una jurisprudencia “vinculante” no fundada en la ley sino en un principio de autoridad, pues tal principio no existe en un Poder Judicial en el que no hay subordinación jerárquica de unos jueces a otros que intervienen en una instancia posterior. Se trata de preservar el principio republicano que exige una interpretación igualitaria de la ley, a la que todos los jueces están sometidos. Sólo el respeto de ese principio de interpretación igualitaria, en casos en que es de prever que la interpretación contraria al precedente no superaría el eventual escrutinio de la Corte Suprema, impone a los jueces extrema prudencia. Porque no se trata de hacer prevalecer las propias razones, porque se crean éstas mejores: se trata antes bien de que los jueces de un único Poder Judicial aseguren una aplicación igualitaria de la ley, que satisfaga la seguridad jurídica que emana de su aplicación uniforme y de la práctica constante de la jurisprudencia de sus tribunales (véase Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil, Sala E, “Del Águila, Sonia Karen y otro c. Expreso Gral. Sarmiento S.A.T. y otro”, rta. 26/05/2008, en LL 7/7/2008, p. 8; tb. el voto de la jueza Kemelmajer de Carlucci, en los casos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “Funes, Emma M. v. Mateu Bustos Marcela A.”, Sala 1ª, sent. de 25/2/2004, en LL Gran Cuyo 2004-328; y “Furnari, Roberto V. v. Sánchez Coris, Guillermo F.”, Sala 1ª., sent. de 26/4/1988, en JA 1989-IV-212). Porque si los jueces, invocando su independencia de criterio, estuviesen autorizados a someter a revisión constante los criterios de interpretación de los que discrepan, entonces no habría seguridad alguna acerca del alcance de la ley ni de cómo ésta será aplicada en los casos futuros, y esa revisión constante no sólo pugnaría con el principio republicano, sino con el mandato del Preámbulo de la Constitución de afianzar la justicia, donde “afianzar” implica, entre otras cosas, dar seguridad a los involucrados en los juicios acerca del alcance de la ley y adicionalmente cimentar la confianza de los habitantes en las decisiones de sus jueces como última palabra estatal para la defensa de los derechos y la solución de los conflictos.

En este sentido sostuve que el seguimiento del precedente de la Corte Suprema tiene por último fundamento similitudes con uno de los

fundamentos del llamado *stare decisis* vertical del *common-law*, aunque esta regla no sea estrictamente trasladable a nuestro sistema constitucional . Así se expresa que “*el stare decisis en el common law norteamericano es una norma jurídica cuyo sentido axiológico se encuentra en los valores orden, seguridad, paz y justicia*” (CUETO RUA, Julio César, *El "Common Law"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, cit., p.104).

Por cierto, si la solución que los jueces consideran errada, llevase además a resultados que no fuesen compatibles con los mandatos constitucionales, o repugnasen abiertamente al sentido de justicia del caso concreto, los jueces podrían no obstante apartarse de lo que “*está decidido*” por la jurisprudencia de la Corte Suprema (véase al respecto LEGARRE, Santiago, *Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos*, en *El Derecho Constitucional*, vol. 2005, ps. 676/680).

En suma, los jueces no pueden excusarse de considerar cuál es el sentido de una jurisprudencia establecida por la Corte Suprema, y qué posibilidades reales tendría una decisión divergente de superar un recurso ante la Corte Suprema.

A continuación expondré las razones por las que considero que la sentencia del caso de Fallos: 333:1687 (“Sandoval, David”) sólo ha decidido el caso, pero que no puede predicarse que ella haya sentado una doctrina de la Corte Suprema, y que por ende si no hay una doctrina establecida no hay lugar a la cuestión de seguimiento obligatorio de la jurisprudencia de la Corte.

-III-

En el caso de Fallos: 333:1687 el imputado había sido acusado del delito de triple homicidio agravado y se había sustanciado el juicio, al cabo del cual el acusado había sido absuelto por aplicación del principio *in dubio pro reo*. Contra la sentencia absolutoria el querellante había interpuesto recurso de casación ante el Superior Tribunal de Justicia provincial, que había anulado parcialmente la sentencia y el debate que la precedió, y reenviado el caso al tribunal de origen para que, con distinta integración, dictase un nuevo pronunciamiento. Por decisión de cuatro de los siete jueces que integran la

Corte Suprema, la decisión del superior tribunal de provincia fue revocada. Sin embargo, los fundamentos en los que la revocación se ha apoyado no son comunes, pues mientras que tres de los jueces que decidieron la revocación declararon la existencia de una infracción a la prohibición *ne bis in ídem*, el cuarto concurrió a la decisión de revocación declarando que el superior tribunal de provincia había ignorado la máxima *in dubio pro reo*, sobre la base de una actuación oficiosa inconciliable con los postulados del modelo acusatorio –al que asignó raigambre constitucional- que asumió una tendencia incriminante en perjuicio del imputado.

Como se verá, mientras tres de los jueces de la Corte Suprema han asignado un alcance extenso a la prohibición de múltiple persecución penal por el mismo hecho, al punto de proscribir un recurso del acusador contra la sentencia absolutoria al menos cuando no se alega un vicio que afecte la validez del juicio, o de los actos precedentes que son presupuesto de éste, el cuarto juez ha declarado que en general debe reconocerse a la víctima del delito o a su representante el derecho a recurrir contra la sentencia absolutoria, lo que eventualmente permitiría –en caso de revocación de la absolución- el reenvío del caso para la realización de un nuevo juicio.

Señalo esto porque la defensa, al oponer su objeción de admisibilidad del recurso de la querellante en el presenta caso, pretende que la Corte ha sentado una doctrina en el caso “Sandoval” que según predica sería dirimente para declarar inadmisibile el recurso de casación por ser incompatible con la prohibición *ne bis in ídem*. Sin embargo la doctrina que proclama no existe, porque en la decisión del caso “Sandoval” no existe una comunidad de una mayoría de jueces que permita afirmar que la Corte Suprema no sólo ha decidido ese caso, sino que al decidirlo ha sentado claramente alguna doctrina constitucional.

Para demostrar tal aserto comenzaré, por razón de mayor simplicidad expositiva, por la consideración del voto del juez Zaffaroni, que de ningún modo ha considerado que el recurso de la querella en aquél caso fuese inconciliable con la prohibición de doble persecución penal por el mismo hecho.

En el voto del juez Zaffaroni se ha declarado que “*más allá de la*

discusión doctrinal originada a partir de la receptación legal de una concepción bilateral de los recursos -por su dificultad para compatibilizar con la plena efectividad de la garantía que prohíbe la persecución penal múltiple-, lo cierto es que, en lo que atañe al recurso establecido legalmente en favor de la parte querellante, este Tribunal ha reconocido el derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en el art. 8, apartado 1º, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos: 329:5994, considerando 9º)", (voto del juez Zaffaroni, consid. 8). Al respecto ese juez afirmó que "aun cuando el aseguramiento del recurso a la querella resulta compatible con la garantía que prohíbe la múltiple persecución penal, este Tribunal no se halla eximido de la labor de controlar el criterio en virtud del cual triunfó la impugnación de dicha parte, habida cuenta de la consecuencia necesaria que de ello justamente se deriva" (consid. 9, subrayado no pertenece al original).

En rigor, en ese voto se desechó que existiese incompatibilidad entre la prohibición *ne bis in ídem* y el derecho del querellante de impugnar una sentencia absolutoria, al que el juez le asigna raigambre de derecho fundamental (según la remisión que hace al caso de Fallos 329:5994). Ese juez entendió que la afectación constitucional estaba configurada porque el Superior Tribunal de Justicia local *"ha[bía] reconocido la situación de incertidumbre derivada de la existencia de peritajes que llegaban a conclusiones dispares o contradictorias, al punto de haber sostenido que la superación de tal discrepancia vendría de la mano de la producción de un nuevo peritaje que fue omitido, omisión cuya existencia derivaría del carácter imperativo que a su criterio asumiría la facultad prevista en el art. 246 del ordenamiento procesal penal provincial"* (consid. 11), había declarado que *"el tribunal de juicio habría incumplido con su deber de ordenar la producción de uno nuevo tendiente a superar la incertidumbre sobre el asunto peritado"* (consid. 10), y había ordenado la realización de un nuevo juicio en el que se produjo ese nuevo peritaje a instancias del Superior Tribunal local. Al respecto declaró que *"la anulación de dicho fallo basada esencialmente en la omisión por parte del tribunal de juicio de ordenar un nuevo peritaje a efectos de*

superar la disparidad de criterios existentes entre los dos que habían sido producidos, importa claramente, además, una relegación del principio constitucional del favor rei y de su corolario in dubio pro reo”, censurando que “el tribunal a quo no parece haber reparado en que ni el acusador particular ni tampoco el público solicitaron al tribunal de juicio la realización del nuevo peritaje, cuando correspondía precisamente a ellos demostrar, con el grado de certeza que se exige para legitimar una condena penal, la culpabilidad del imputado, siendo que, además, el punto a desentrañar resultaba de suma trascendencia para la solución del litigio” (voto del juez Zaffaroni, consid. 21).

Después de destacar que el máximo tribunal provincial no se hallaba habilitado para suplir la inactividad de los acusadores, y que en el juicio realizado a raíz del reenvío era nítido que los jueces de la cámara habían dispuesto el nuevo peritaje en cumplimiento de lo ordenado por el primero al anular el pronunciamiento absolutorio (consid. 25), concluyó que *“la disposición procesal que faculta al juez a ordenar prueba que no ha sido solicitada por las partes se aleja del modelo que sobre la materia ha trazado el constituyente, pronunciándose significativamente la distancia cuando, además, esa facultad puede ser ejercida para la obtención de prueba de cargo”,* señalando que *“Resulta más claro aún ese divorcio cuando se afirma que, en un caso de incertidumbre como el del presente -originado en la disparidad de los peritajes producidos- la facultad prevista en el art. 246 del ordenamiento procesal penal local se transforma en una disposición que asume un enunciado imperativo convirtiendo un mero "poder" en un "poder-deber", que incluso ha de llegar hasta el extremo de ejercerse en perjuicio del inculpado”* (consid. 28). De suerte tal que, según el voto que se viene citando, *“la anulación del fallo absolutorio a raíz del recurso de casación de la querella obedeció fundamentalmente a una actividad jurisdiccional que, distanciándose de los postulados propios de un modelo acusatorio como el regido por nuestra Constitución Nacional, obligó a un tribunal a disponer prueba de oficio que, en el caso, asumió una tendencia incriminante -al punto que modificó sustancialmente el resultado del proceso, trocando absolución por condena-, con la necesaria confusión de roles entre acusador y juez,*

hasta superar el propio límite que impone el favor rei al avance del poder punitivo, en tanto opción de tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable” (consid. 29).

Surge nítido de ese voto que en el caso en que la Corte Suprema había sido llamada a decidir la mera posibilidad de que la sentencia de absolución fuese revertida en virtud del ejercicio de la actividad recursiva por parte de la querella no ponía en crisis la prohibición *ne bis in idem*. Ello se constata en tanto en el voto del juez Zaffaroni se afirma que “*cuanto mucho, si el nuevo juicio se dispuso sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, debió entonces haber versado exclusivamente sobre la prueba ya ofrecida y proveída, sin retrogradación del proceso a la etapa de citación a juicio la cual, por cierto, no había sido alcanzada por la aludida anulación*” (consid. 30).

En cambio, por lo que se verá, los fundamentos en los que se han apoyado los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi en su voto conjunto en el caso “Sandoval”, son de naturaleza distinta e inconciliable con los del voto del juez Zaffaroni. En el voto conjunto de esos tres jueces de la Corte Suprema se ha declarado, de modo conciso que “*la cuestión planteada en el sub lite con relación al ne bis in idem es sustancialmente análoga a la examinada en Fallos: 321:1173 (disidencia de los jueces Petracchi y Bossert), 329:1447 (considerando 17 del voto del juez Petracchi), entre otros, a cuyas consideraciones corresponder remitir en lo pertinente*” (consid. 6). Ello impone, en primer lugar, examinar los argumentos de las disidencias que allí se citan.

En la sentencia de Fallos: 321:1173 (“Alvarado”) se trataba también de un recurso contra la sentencia absolutoria, en ese caso articulado por el representante del ministerio público, mientras en el de Fallos: 329:1447 (“Olmos”) se trataba de un recurso del imputado contra la sentencia de condena, recurso al que se había hecho lugar, y a raíz del cual se había dispuesto la realización de un nuevo juicio.

En la disidencia de los jueces Petracchi y Bossert se había acotado la cuestión en los siguientes términos: “*las críticas formuladas por el apelante tienen por objeto la revocación, por parte del Tribunal, del fallo*

impugnado y, como necesaria consecuencia de ello –en atención a las características de dicho pronunciamiento-, la realización de un nuevo juicio. Ello es así pues, como se demostrará a continuación, no es posible pretender que, en esta instancia, se sustituya la sentencia así revocada por otra que decida el fondo del asunto” (consid. 5). Ello impone un límite al alcance de la argumentación que a continuación se desarrolla en ese voto, porque, leído ese pasaje, resulta claro que quedan fuera de la inteligencia se propondrá en él, los casos en los cuales el éxito de la apelación no impondría la realización de un nuevo juicio, porque la naturaleza de los agravios permitiría su reparación sustituyendo la sentencia revocada por otra que decida el fondo del asunto. Tal sería el caso en que la sentencia impugnada hubiese realizado “la reconstrucción histórica del hecho atribuido por la parte acusadora”, y en el que sólo se persiguiese que el tribunal *ad quem* “*aplique la ley según su correcta interpretación*”. Si en cambio, la impugnación del acusador tiene por objeto la falta de reconstrucción del hecho, ella no podría ser realizada por el tribunal del recurso “*pues ello implicaría -al menos- que se pronunciara sobre puntos no decididos por el a quo y que no han sido tampoco objeto de apelación*” (ibídem). De donde, si triunfara la tesis del recurrente, el reenvío de la causa para que sea nuevamente juzgada sería ineludible.

A este respecto se ha afirmado en aquel voto que “*un reenvío dispuesto en tales términos supone, en un caso como el presente, la reedición total del juicio, esto es, la renovación de la integridad de sus partes (declaración del imputado, producción de la prueba, acusación y defensa)*”, pues “*La propia estructura de un proceso oral -como el regulado por el Código Procesal Penal de la Nación- determina lo necesario de esa consecuencia. En particular, esa relación de necesidad está dada por dos derivaciones directas del denominado principio de inmediación: las formas o reglas llamadas "identidad física del juzgador" y "concentración de los actos del debate y la sentencia" [...]*” (voto de los jueces Petracchi y Bossert, consid. 6).

Una segunda observación conduce también a acotar, en una segunda dirección, la doctrina que se expone en ese voto disidente, en cuanto allí se distinguen los casos en los que la acusación pretende que ha habido un

defecto que invalida el juicio, de los casos en los que se pretende que lo defectuoso e inválido es la sentencia. En efecto, allí se ha afirmado que *“en el presente caso, en razón de que el recurrente no ha dirigido queja alguna respecto de la validez de los actos procesales que integraron el debate -sino que, como se dijo [...], sólo impugnó la sentencia del a quo por sus vicios de motivación-, debe concluirse que el juicio desarrollado en la audiencia [...] ha sido válidamente cumplido en su totalidad”* (consid. 7). A partir de allí se declaró que la cuestión consistía en decidir si es posible *“[...] -a la luz de nuestro derecho federal- que, en un caso como el de autos, en el que es el acusador público quien requiere la revocación de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a un nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes”* (ibídem).

En el voto disidente se afirmó que *“una constante jurisprudencia del Tribunal que reconoce su base en el precedente de Fallos: 272:188 (caso "Mattei"), lleva a dar una respuesta negativa a dicha pregunta”* (consid. 8), pues, *“de la doctrina sentada en tal precedente, esta Corte extrajo la regla general según la cual no hay lugar para retrotraer un proceso penal a etapas ya superadas cuando éstas han sido cumplidas observando las formas sustanciales del proceso que la ley establece (confr. Fallos: 297:486; 298:312; 305:913; 306:1705; 311:2205, considerando 5º de la disidencia parcial de los jueces Bacqué y Petracchi; y 312:597) [...]”*. Aclarando que *“Dicho de otro modo, según tales precedentes, sólo mediante una declaración de nulidad fundada en la inobservancia de alguna de las formas esenciales del proceso es posible retrogradar el juicio por sobre actos ya cumplidos, mas sólo en la medida de la nulidad declarada”* (consid. 9).

Se diferenció allí los casos de nulidad por vicio de formas procesales que afectan el juicio, de los casos de vicio de la sentencia en el entendimiento de que *“si -como ocurre en el sub examine- lo que se pretende invalidar es la sentencia en virtud de vicios intrínsecos de ésta, no es posible, en razón de ello, reanudar actos que, al dictarse la sentencia que se reputa inválida, ya habían sido adecuadamente cumplidos”* (ibídem), casos estos en los que la realización de un nuevo juicio era inadmisibile.

Se explicó allí que *“el principio constitucional que impone esa*

conclusión está dado por la prohibición de múltiple persecución penal, usualmente enunciado por medio de la locución latina non bis in idem” (consid. 10). Después de evocar la raigambre constitucional de la prohibición (con cita de Fallos: 299:221), y de precisar que “*dicha garantía no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho ya penado, "...sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo ha sido por el mismo hecho..."* (con cita de Fallos: 299:221 y Fallos: 315:2680, consid. 4), se afirmó en el voto disidente que “*De ese modo, la jurisprudencia local reconocía el valor de la doctrina formulada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica como interpretación de la enmienda V de la Constitución de ese país (la denominada cláusula del double jeopardy)”* (consid. 10).

Apoyó su afirmación en la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso “Green v. United States” (355 U.S. 184 -1957-), relevando sus citas. En particular se apoyó en la cita de los “Commentaries” de Blackstone en punto a que “*la prohibición constitucional del non bis in idem [double jeopardy] fue establecida para proteger al individuo de ser sometido a los azares del proceso y de su posible condena más de una vez por un alegado delito*”, y en la del precedente “*Ex parte Lange*” (18 Wall. 163, 169), en donde había expuesto que “*el common law no sólo prohibió una segunda pena por el mismo delito, sino que fue más allá y prohibió un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado*”. También relevó que en “Green v. United States” esa Corte extranjera finalmente concluyó, respecto de lo que aquí interesa, del modo que sigue: “*La idea fundamental, una que está profundamente arraigada al menos en el sistema jurisprudencial anglo-americano, es que no se debe permitir al Estado que, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un invocado delito, sometiéndolo así a perturbaciones, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable... Así, uno de los principios elementales de nuestro Derecho Penal establece que **el Estado***

no puede originar un nuevo juicio mediante un recurso, aun cuando la absolución pueda parecer errónea" (con cita de 355 US 184, esp. págs. 187-188, énfasis agregado en el voto citado; y con cita también de "Benton v. Maryland", 395 U.S. 784 -1969-, especialmente págs. 795 y sgte.).

Se agregó en el voto disidente que *"tal conclusión -esto es, que ante una sentencia absolutoria, por virtud de la cláusula del non bis in idem, no hay lugar para que el Estado provoque un nuevo juicio en el que el acusado sea puesto nuevamente frente al riesgo de ser condenado- resulta, en el derecho norteamericano, absolutamente indiscutible"* (consid. 12, con cita de "Ludwig v. Massachusetts", 427 U.S. 618 -1976-, esp, pág. 631), y que en todo caso *"el objeto debatido en la jurisprudencia constitucional de dicho país se ha referido, más que a aquella cuestión no controvertida, a la de determinar cuáles otras decisiones conclusivas, además de la absolución, pueden ser equiparadas a ésta a los fines de la aplicación de la cláusula del non bis in idem [...]"* (consid. 12, con cita de "United States v. Martin Linen Supply Co.", 430 U.S. 564 - 1977-; "Smalis et al. v. Pennsylvania", 476 U.S. 140 -1986-).

En el mismo voto disidente se tomó nota también de que la Corte Suprema estadounidense se expidió sobre tal cuestión con las siguientes palabras: *"La absolución, a diferencia de la condena, pone fin al proceso inicial". 466 U.S., p. 308 [se trata del caso "Justices of Boston Municipal Court v. Lydon" 466 U.S. 294 -1984-]. Por eso, tanto si el proceso es ante un jurado o ante un tribunal [bench], el sometimiento del defendido -después de su absolución- a procesos de determinación de los hechos, sea que se dirijan a demostrar su culpabilidad o su inocencia, viola la cláusula del non bis in idem".* También ha relevado que en ese precedente se declaró que *"cuando un recurso acusatorio contra una absolución puede originar procedimientos que violan la cláusula del non bis in idem, el recurso en sí mismo carece de un objeto válido [has no proper purpose]. Conceder una apelación así, frustraría el interés del acusado en obtener la finalización de los procedimientos en su contra. Por lo tanto, el Superior Tribunal [de Pennsylvania] sostuvo correctamente que la cláusula del non bis in idem impide la apelación acusatoria contra la sentencia de absolución no sólo*

cuando de ella resultaría un segundo juicio, sino también cuando la revocación se pudiera traducir en 'ulteriores procedimientos de alguna clase, tendientes a la resolución de cuestiones de hecho referentes a los elementos del delito imputado' (ibídem).

Sobre esa base, en el voto disidente del caso “Alvarado” se concluyó que *“una sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria. Una decisión diversa significaría otorgar al Estado una nueva chance para realizar su pretensión de condena, en franca violación al principio constitucional del non bis in idem y a sus consecuencias, la progresividad y la preclusión de los actos del proceso”* (consid. 13), declarando que el juicio de reenvío *“constituye un nuevo juicio -o bien la renovación del juicio cuya sentencia definitiva se sometió a impugnación- impuesto por la necesidad de sustituir por otra la sentencia que el tribunal ad quem ha rescindido”* (consid. 14, con ulteriores citas de doctrina), lo que *“para el imputado absuelto, aquél constituye un nuevo juicio, básicamente idéntico al primero, en el que su honor y su libertad vuelven a ponerse en riesgo. Ello es suficiente, pues, para que la garantía del non bis in idem impida al Estado provocarlo”*.

Sobre esa base, en el voto disidente se concluyó que *“el objeto del recurso [...] -en tanto, por medio de él, el acusador público pretende revocar la sentencia absolutoria dictada en autos y reenviar el caso a nuevo juicio- no encuentra amparo a la luz del derecho federal vigente, más allá del acierto o el error de los agravios de fondo que el apelante ha pretendido hacer valer contra el pronunciamiento impugnado”*, lo que conducía a la inadmisibilidad del recurso del acusador público contra la sentencia absolutoria (consid. 15).

He de realizar aquí un excursus porque no puede dejar de considerarse que el juez Petracchi, al votar en el caso de Fallos (“Juri, Carlos Alberto s/ homicidio culposo”), en el que se trataba del recurso del querellante por delito de acción pública contra la sentencia absolutoria, no extendió expresamente la doctrina del caso “Alvarado”, sino que, al contrario, adhirió – con cierta limitación- al voto mayoritario que entendió que debe reconocerse

al querellante un derecho a recurrir contra la sentencia absolutoria con base en la interpretación que asignó a los arts. 8.1 y 25 CADH (voto del juez Petracchi, consid. 9). Puesto que de los términos de la sentencia no puede conocerse cuál era la naturaleza del agravio que el querellante pretendía llevar a revisión ante la Cámara Nacional de Casación Penal, ni si, en caso de tener éxito el recurrente ello habría conducido a la necesidad de realizar un nuevo juicio o si la Cámara podría haber dictado la sentencia final del caso sin reenvío, no puede asegurarse si esa opinión constituye una excepción a la doctrina de "Alvarado" sobre la prohibición *ne bis in ídem*, o un caso en que la prohibición no se encuentra involucrada porque no requeriría la realización de un nuevo juicio.

En el otro caso al que se remite el voto de los jueces Petracchi, Lorenzetti y Fayt en el caso "Sandoval", es decir el de Fallos: 329:1447 ("Olmos"), la defensa de los imputados había recurrido contra la sentencia de condena, a raíz de lo cual el Superior Tribunal de Justicia Provincial anuló la condena y dispuso la realización de un nuevo juicio. Celebrado éste, los imputados fueron nuevamente condenados, ahora a una pena más grave que la que se les había impuesto en la primera condena anulada. Mientras que cuatro jueces de la Corte, que formaron la mayoría, declararon que se había incurrido en violación a la prohibición de *reformatio in pejus* (voto de los jueces Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti), el juez Petracchi entendió que se había incurrido en infracción a la prohibición *ne bis in ídem* a partir de la decisión del Superior Tribunal local que había anulado la condena y el debate, y dispuesto el reenvío para la realización de un nuevo juicio.

Destacó allí el juez Petracchi que, al anular la primera sentencia, el Tribunal Superior provincial no se limitó a invalidar dicho acto, sino que anuló también el debate que la precedía, a pesar de que él había sido válidamente cumplido y sostuvo que "*como consecuencia de esta decisión se produjo la reedición total del juicio, esto es, la renovación de la integridad de sus partes (declaración del imputado, producción de la prueba, acusación y defensa) y se retrotrajo el juicio a etapas ya superadas, en violación a los principios de progresividad y preclusión, reconocidos con este alcance a partir de Fallos: 272:188 (caso "Mattei"). Dichos principios impiden que el*

imputado sea sometido a un nuevo debate íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes” (consid. 15 con cita de la disidencia de los jueces Petracchi y Bossert en el caso “Alvarado”).

Al respecto señaló que “no puede sostenerse, en contra de lo expresado, que la nulidad de la sentencia y la consiguiente realización de un nuevo debate fue provocada por la propia defensa como consecuencia de su recurso contra la condena, en la medida en que éste se dirigió a invalidar la sentencia, lo cual implicaba, necesariamente, que se volviera a realizar la audiencia oral, como presupuesto de validez de una nueva decisión” agregando que “de ese modo se pierde de vista que la primera sentencia fue declarada nula por deficiencias esenciales en su fundamentación, es decir, por una nulidad instituida en beneficio del imputado. Por lo tanto, no es posible, a fin de poder corregir los defectos de la sentencia anterior, y poder llegar, esta vez sí, a una condena válida, someter nuevamente a juicio al imputado, ya que ello significaría concederle al Estado una "nueva oportunidad" que el principio de non bis in ídem prohíbe” (consid. 16, con cita de su voto disidente en Fallos: 321:2826, "Polak"). Dicho en otras palabras: “si la sentencia era nula por haber violado el derecho de defensa de los imputados, la consecuencia del reconocimiento de la lesión a esa garantía no podía ser la autorización de un nuevo intento de condenarlos”.

De allí se concluyó que “al ordenarse la reiteración del debate se retrotrajo el juicio a etapas ya superadas, y se produjo un apartamiento de las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal que ocasiona la nulidad absoluta de dicho acto y de todo lo actuado en consecuencia” (ibídem).

-IV-

En el punto anterior, queda expuesto con evidencia, que no hay ninguna doctrina de la Corte que suscite en los tribunales inferiores un deber de seguimiento, porque más allá de que algunos votos hubiesen conducido en definitiva a la misma solución, sólo puede decirse en ese sentido que la Corte, por mayoría, decidió el caso que tenía ante sí, pero que no ha sentado ninguna doctrina sobre el caso, porque la doctrina presupone un consenso alcanzado

por la mayoría simple de sus jueces, sobre un punto jurídico determinado, esto es, la comunidad argumental.

Ahora bien, puesto que la defensa pretende expresamente apoyarse en el voto conjunto de los jueces Petracchi, Fayt y Lorenzetti en el caso "Sandoval", y por vía oblicua en los argumentos de los votos disidentes de los casos "Alvarado" y "Olmos", al que el primero remite, es necesaria la consideración de esos argumentos, más allá de que no se le asigne carácter de doctrina establecida por una mayoría de la Corte, porque tampoco puede sostenerse que en el caso "Sandoval" se hubiese sostenido la doctrina contraria, habida cuenta de que mientras que el juez Zaffaroni no consideró comprometida la prohibición *ne bis in idem*, ni tampoco lo hizo la jueza Highton de Nolasco, los jueces Maqueda y Argibay desestimaron el recurso sin abordar el punto.

Por ello, más allá de que no hay doctrina establecida sobre el punto en ninguno de los sentidos, en la medida en que la defensa pretende hacer suyo el sustrato argumental de ese voto conjunto, expresaré de modo sucinto por qué no considero que los argumentos de ese voto deban ser recibidos para decidir la cuestión del presente caso.

En primer lugar, no hay analogía alguna entre la cuestión que en la especie se suscita y la que había sido llevada a decisión en el caso de Fallos: 272:188 ("Mattei"), en el que no estaba en juego la cuestión de las relaciones entre la prohibición *ne bis in idem* y el recurso contra la sentencia absolutoria. Tampoco es evidente que el *dictum* de "Mattei", que consagra el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido y posible, a la situación de incertidumbre e innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal, hubiese constituido la recepción por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en lo que concierne a la cláusula del *double jeopardy* expresamente establecida en la enmienda quinta de 1791 a la Constitución de los Estados Unidos. Las analogías y relaciones que en todo caso pudiesen reconocerse entre ciertos argumentos del caso "Mattei" y otras ciertas líneas

argumentales de cierta jurisprudencia de esa Corte extranjera, no superarían el carácter de pura inferencia habida cuenta de que en “Mattei” no hay un reconocimiento expreso ni recepción de ningún caso extranjero sobre el *double jeopardy*. (véase consid. 15, en el cual no se asigna raigambre constitucional al principio *ne bis in idem*, sino que se lo define como “*consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal*”).

En segundo lugar, más allá de la indiscutible importancia que ha tenido la Constitución de los Estados Unidos entre las fuentes tomadas por los constituyentes de 1853-1860, no es una cuestión *négligeable* el hecho de que los constituyentes no hubiesen incluido entre las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Argentina algunas cláusulas del bill of rights contenidas expresamente en las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, preexistentes a la Constitución de 1853-1860, en particular, en cuanto aquí interesa, que no se hubiese tomado del modelo una formulación análoga a la de la Quinta Enmienda de 1791, que entre las garantías establece: “[no person shall] be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb” (ninguna persona estará sujeta por la misma ofensa a ser puesta en riesgo de vida o de un miembro). Cualquiera que sea el alcance de esta cláusula en el derecho extranjero, según la interpreta la Corte Suprema de ese país, materia que en todo caso exigiría una indagación más exhaustiva y en particular la prueba sobre el alcance del derecho extranjero y una posibilidad de contradicción que aquí no aparecen habilitados, lo cierto es que esa jurisprudencia sólo podría eventualmente tener valor por su propia calidad argumental, y no como instrumento para interpretar la Constitución Argentina, que no ha incluido una cláusula análoga.

No implica esto poner en discusión una jurisprudencia vernácula establecida que, más allá del silencio del texto constitucional argentino, ha sabido inferir de él la inmunidad contra la doble persecución penal (confr. Fallos: 292:202, 299:221, 308:84 y 1678; 310:360; 311:67; 314:377; 316:687; 319:43 326:2805; 328:374). Implica más bien que no puede simplemente predicarse que el alcance de una regla no escrita, pero inferida como comprendida entre las no enumeradas del art. 33 de la Constitución Nacional (confr. Fallos: 326:2805, consid. 8, y sus citas), deba ser definido según el

alcance asignado a una previsión expresa de una constitución extranjera, por la jurisprudencia de un tribunal extranjero. Si los constituyentes no han recibido en el texto constitucional argentino una cláusula idéntica a una enmienda de la constitución extranjera tomada como base, adoptada desde 1791, debe justificarse por qué, no obstante, el alcance de la prohibición *ne bis in ídem* debería ser establecido según el alcance que la jurisprudencia extranjera ha asignado a la cláusula no adoptada por el constituyente.

En todo caso, puesto que la Constitución expresamente ha dejado librado al Congreso de la Nación la discreción de establecer los tribunales y la jurisdicción de apelación (arts. 117 y 75, inc. 20, C.N.), es necesaria una argumentación *ad hoc* para sustentar la alegada incompatibilidad de las jurisdicciones de apelación establecidas por el legislador y la prohibición *ne bis in ídem*, o dicho de otro modo, demostrar por qué razón sería incompatible con la Constitución las disposiciones de los arts. 458 y 460 C.P.P.N. que conceden al acusador público y al querellante, respectivamente, el derecho de recurrir en casación contra ciertas sentencias de absolución y de condena.

El mismo silencio de la Constitución, y el hecho de que el alcance del principio *ne bis in ídem* sólo puede ser construido a partir de la inferencia de que constituye una garantía no enumerada del art 33 C.N., dificultan la demostración de que tales jurisdicciones de apelación serían incompatibles con la prohibición de doble persecución penal. Más aún, cuando se observa que en el derecho comparado no se asigna un alcance unívoco a esa prohibición, en particular en lo que concierne a la definición del momento a partir de cual se puede sostener que el imputado ha sufrido una persecución penal que lo puso en riesgo de ser condenado, a la definición del término persecución y nueva persecución penal, y a la identificación del momento o criterio a partir de qué momento puede sostenerse que el imputado tiene derecho a una inmunidad contra una nueva persecución, y finalmente que en el derecho se admiten excepciones fundadas en su organización constitucional, cuya extensión a la organización del poder de la Constitución Nacional debería ser constatada.

Los criterios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos todavía podrían ser importados para construir el alcance de la

garantía no escrita pero comprendida en la Constitución Argentina, si se demostrase: a) una analogía de sistemas judiciales, b) una analogía de procedimientos de enjuiciamiento y apelación, lo que en su caso conduciría a la extensión que se ha dado a la cláusula en todos sus alcances.

Destaco que en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos riesgo de condena opera sólo a partir de la apertura del juicio propiamente dicho, en el caso de juicio por jurados cuando el panel del jurado presta juramente, y en el caso de juicio ante un juez sin jurado (*bench trial*) cuando se recibe la primera prueba u oye al primer testigo (confr. “United States v. Perez”, 22 U.S. (9 Wheat.) 579 (1824); “Kepner v. United States”, 195 U.S. 100 (1904); “Downum v. United States”, 372 U.S. 734 (1963); “Crist v. Bretz”, 437 U.S. 28 (1978). En otros términos, las decisiones conclusivas anteriores no ofrecen inmunidad de persecución penal porque el imputado no ha sido todavía puesto en riesgo de ser condenado (confr. “Collins v. Loisel”, 262 U.S. 426 (1923), “Taylor v. United States”, 207 U.S. 120, 127 (1907), “Bassing v. Cady”, 208 U.S. 386, 391 -92 (1908). Incluso se admiten excepciones en las que el imputado condenado en un procedimiento sumario pueda pedir la realización de un juicio *de novo* ante un tribunal o corte (p. ej.: “Ludwig v. Massachusetts”, 427 U.S. 618, 630 -32 (1976); “Justices of Boston Municipal Court v. Lydon”, 466 U.S. 294 (1984).

Incluso en los casos en los que por definición comienza a operar la protección contra la doble persecución –*double jeopardy*– la jurisprudencia extranjera ha elaborado un complejo estándar bajo la *ratio* de *manifest necessity* en punto a decisiones no conclusivas tomadas una vez que se ha tomado juramento al jurado o que se recibió la primera prueba, pero sin que se hubiese llegado a un veredicto de absolución o condena, y ha declarado que en ciertos casos opera plenamente la prohibición de realización de un nuevo juicio, y en otros en los que se incurrió en *mistrial* o error de juicio o juicio fallido donde se pone el acento en diferenciar errores del procedimiento o de la existencia de juicios de mérito sobre la prueba producida (así, p. ej. “United States v. Jenkins”, 420 U.S. 358 (1975); “United States v. Scott”, 437 U.S. 82 (1978);

En los casos en los que el derecho de aquel país autoriza al juez a dictar una sentencia liberatoria posterior al veredicto de condena del jurado,

llamadas sentencias *non obstante veredicto* o *judgment notwithstanding the verdict*, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que esas sentencias del juez del juicio que anulan un veredicto de condena emitido por el jurado, pueden ser objeto de apelación por la fiscalía y de revocación en apelación sin lesión a la cláusula de *double jeopardy* porque la revocación de la decisión del juez no imponía la realización de un nuevo juicio sino que volvía dar efecto al veredicto del jurado (“United States v. Wilson”, 420 U.S. 332 (1975), “United States v. Jenkins”, 420 U.S. 358, 365 (1975), vide las precisiones de “Jenkins in United States v. Scott”, 437 U.S. 82 (1978) sobre la necesidad de un nuevo juicio).

Parece ser que la inmunidad tampoco opera si el juez concede una una moción liberatoria –*dismissal*– si todavía no se ha recibido juramento al panel del jurado o comenzado la recepción de la prueba en un juicio ante un juez sin jurado, aun en el caso en el que el juez se apoye en la conclusión de que la prueba es insuficiente para una condena (confrontar “Serfass v. United States”, 420 U.S. 377 (1975); “United States v. Sanford”, 429 U.S. 14 (1976).

En la jurisprudencia de aquél país no está excluida toda posibilidad de apelación contra una sentencia de absolución –*not guilty verdict*–. La línea divisoria entre apelaciones admisibles e inadmisibles parece haber sido trazada sobre la base de si el éxito de la apelación del fiscal y la revocación de la absolución requerirían de un nuevo juicio. Si el resultado de la revocación condujese directamente a un veredicto de culpabilidad no sería operativa la cláusula sobre *double jeopardy* (“United States v. Wilson”, 420 U.S. 332 (1975) . Al contrariosi fuesen necesarios otros procedimientos, tales como la continuación del juicio, o nuevas determinaciones de hecho, entonces la apelación sería inadmisible (United States v. Jenkins, 420 U.S. 358 (1975).

Aunque otras decisiones no ponen el acento en la necesidad de procedimientos ulteriores, sino en si la decisión del juez del juicio resolvió algunos o todos los elementos fácticos del delito de la acusación en favor del imputado, o si hizo alguna determinación de hechos sobre los que se asienta la culpabilidad o inocencia del imputado (“United States v. Scott”, 437 U.S. 82 (1978) , donde parece ser determinante si el acusado tomó la iniciativa de instar la terminación del procedimiento antes de la determinación de la

culpabilidad o inocencia por el jurado.

Aunque, en general, se sostiene que aún en caso de conclusión errónea del procedimiento, ella obsta a un nuevo juicio (confr. “United States v. Jorn”, 400 U.S. 470 (1971); “Downum v. United States”, 372 U.S. 734 (1963). Porque la nueva persecución sería injusta en tanto aumenta la carga financiera y emocional del acusado, prolonga el período en el que es estigmatizado por una acusación no resuelta y puede incluso mejorar el riesgo de que un inocente sea condenado. De allí que como regla general el fiscal sólo tiene una sola oportunidad de pedir que el acusado sea sometido a juicio (“Arizona v. Washington”, 434 U.S. 497, 503 -05 (1978), porque el acusado “tiene un derecho valioso de que su juicio sea completado por un tribunal en particular” (“Wade v. Hunter”, 336 U.S. 684, 689 (1949), en completar el juicio de una vez por todas, y “concluir su confrontación con la sociedad” (“United States v. Jorn”, 400 U.S. 470, 486 (1971); véase también “Arizona v. Washington”, 434 U.S. 497, 503 -05 (1978); “Crist v. Bretz”, 437 U.S. 28, 35 -36 (1978).

Sin embargo, la regla general admite excepciones que permiten la realización de un nuevo juicio, tal por caso cuando a pesar de que la cláusula sobre *double jeopardy* ha comenzado a operar, el jurado no puede alcanzar un veredicto (“Logan v. United States”, 144 U.S. 263 (1892); o cuando se cuestiona su imparcialidad (“Simmons v. United States”, 142 U.S. 148 (1891) ; “Thompson v. United States”, 155 U.S. 271 (1884).

Al contrario no es admisible un nuevo juicio cuando el jurado no se pronuncia expresamente sobre un cargo pero emite una absolución de modo implícito. El caso “Green v. United States” (355 U.S. 184, 1957), presenta la particularidad de que el imputado había sido acusado por homicidio agravado, el jurado –bajo instrucciones del juez- se consideró habilitado a emitir un veredicto de culpabilidad por homicidio en segundo grado, y contra esta condena el condenado había interpuesto apelación, que tuvo éxito, y que ordenó la realización de un nuevo juicio por error de procedimiento. Realizado el nuevo juicio el acusado fue condenado por homicidio agravado. La Corte Suprema entendió que el acusado había estado en peligro de ser condenado por homicidio agravado en el primer juicio, que en la elección del jurado por

un veredicto de culpabilidad por homicidio en segundo grado estaba implícita una absolución por homicidio agravado, y que en consecuencia la nueva condena por homicidio en primer grado constituía una nueva persecución después de una absolución incompatible con la quinta enmienda.

En cambio, no opera la prohibición cuando la terminación antes del veredicto es atribuible a una manipulación o un error de la fiscalía o del juez ("Downum v. United States, 372 U.S. 734 (1963); "Illinois v. Somerville, 410 U.S. 458, 464 -65, 468-69 (1973), lo que permitiría distinguir el caso en el que la terminación es promovida por el imputado ("United States v. Jorn", 400 U.S. 470, 485 (1971) que se interpreta como elección deliberada de renunciar a su valioso derecho de que su culpabilidad o inocencia sea establecida por el primer tribunal de conocimiento sobre los hechos ("United States v. Scott", 437 U.S. 82, 93 (1978); "United States v. Dinitz", 424 U.S. 600 (1976); "Lee v. United States", 432 U.S. 23 (1977), lo que no está exento de ciertas complejidades cuando la moción del imputado se funda en un error no manipulativo de la fiscalía ("Oregon vs. Kennedy", 456 U.S. 102 (1982).

En general la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sostiene que *"se ha establecido hace tiempo [que] la prohibición general de acusaciones sucesivas la cláusula sobre double jeopardy no impide al Gobierno que vuelva a juzgar a un imputado que tiene éxito en obtener la revocación de su primera condena, a través de apelación directa o de ataque colateral a causa de algún error del procedimiento que condujo a su condena"* ("United States v. Ball", 163 U.S. 663 (1896); "Lockhart v. Nelson", 488 U.S. 33 (1988), pero si la condena ha sido revocada por un tribunal de apelaciones sobre la sola base de que la prueba era insuficiente para dar sustento al veredicto del jurado, entonces la cláusula impide la realización de un nuevo juicio ("Burks vs. United States", 437 U.S. 1 (1978), aunque se distingue sutilmente entre la suficiencia de la prueba y el peso de la prueba ("Tibbs v. Florida", 457 U.S. 31 (1982).

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos acerca de la cláusula sobre *double jeopardy* debe ser observada por el Estado Federal y por los Estados de la federación, sin embargo, la excepción de persecución por diferente soberano (*different sovereign*) establece que la

cláusula que prohíbe el doble riesgo de condena se aplica sólo a la persecución del mismo acto criminal por el mismo soberano, pero diferentes soberanos -los Estados de la Unión y el Estado Federal- pueden promover persecuciones separadas por el mismo hecho (“Heath v. Alabama”, 474 US 82 (1985)).

Este resumen, sintético e impreciso, muestra la precaución con la que hay que operar cuando se pretende comprender un sistema extranjero y traspolar sus estándares al sistema organizado bajo la Constitución Nacional.

En particular, sería necesario demostrar la analogía entre los casos de *mistrial* y los de “juicio cumplido válidamente” al que se alude en los votos a los que remite el primer voto del caso “Sandoval”, y establecer si existe analogía entre nulidad y *mistrial*. Sería también necesario esclarecer si el principio *ne bis in ídem* comienza a operar sólo después del que el panel del jurado es juramentado o que el juez profesional oye al primer testigo, como lo declara la jurisprudencia del país extranjero es adaptable y transferible a los sistemas de enjuiciamiento vernáculos, y también decidir si la doctrina sobre las decisiones no conclusivas en el marco de la audiencia (jurado indeciso o bloqueado, desestimaciones anteriores a la sentencia u otras) podrían extenderse a un sistema que no admite la absolución de la instancia. Sería necesario también establecer por qué no se afectaría la prohibición de doble persecución cuando la revocación de la absolución no implica la realización de un nuevo juicio, pero sí estaría comprometida si tal juicio es necesario, en particular esclarecer por qué la revocación no implica un nuevo riesgo de condena cuando no se requiere un nuevo juicio. Y finalmente sería necesario establecer si la excepción de doble soberanía limitaría también en el sistema de distribución del poder de la Constitución Nacional el alcance de la prohibición de modo análogo al alcance que se le reconoce en la jurisprudencia extranjera.

La defensa no ha ofrecido puntos de sustento para esclarecer tales puntos, y el tribunal, ni siquiera por aplicación del adagio *iura curia novit* podría decidir por sí el punto, porque ello impone un conocimiento exhaustivo del derecho extranjero sobre el que no se conocen sino generalidades.

He dicho antes de ahora que “*el recurso a decisiones de tribunales extranjeros exige suma prudencia, porque si difícil es conocer de*

modo exhaustivo la propia jurisprudencia de los tribunales superiores locales, tanto más difícil es conocer de modo igualmente exhaustivo la de tribunales extranjeros que obran sobre la base de sistemas jurídicos que no reconocen orígenes culturales ni estándares comunes con los de las leyes argentinas. A ese respecto no siempre es suficiente el dato histórico de que la Constitución de los Estados Unidos ha sido una de las fuentes tomadas por los Constituyentes argentinos, menos aún cuando se trata de ámbitos de protección que no aparecen definidos de un modo análogo al de la constitución doméstica, que no tiene una provisión comparable a la enmienda extranjera [...] y que opera con estándares específicos no receptados en el derecho doméstico [...]". A este respecto debe advertirse que "Un recurso a la jurisprudencia extranjera sobre bases tan débiles, puede solo servir como ayuda auxiliar para definir líneas de argumentación admisibles, más allá de ello, es un riesgoso camino al error" (confr. mi voto en causa n° 10.867, "Unquén, Roberto Nicolás s/ recurso de casación" (rta. 29/19/98, Reg. N° 15.425).

Sobre bases tan inseguras entiendo impropio que el alcance de la prohibición *ne bis in idem* en el ámbito doméstico sea construida a partir de una jurisprudencia desarrollada paulatinamente a la luz de las particularidades de un procedimiento extranjero tan peculiarmente diferente.

Agrego a ello que, a diferencia de la práctica del enjuiciamiento criminal de aquel país que en el juicio terminado por un tribunal de jurados prescinde de toda indagación de los fundamentos en que se apoyó el veredicto de absolución o condena, una sentencia en causa criminal, fuese ésta condenatoria o absolutoria, sin expresión de fundamentos, sería incompatible con la doctrina de la Corte Suprema que ha inferido directamente del principio republicano la obligación que incumbe a los jueces de que sus decisiones sean fundadas (Fallos: 240:160) advirtiéndolo que "esto es, no solamente porque los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni porque se contribuya así al mantenimiento del prestigio de la magistratura. La exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales persigue también la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa sea derivación razonada del derecho vigente y no producto de la voluntad

individual del juez (Fallos: 236:27, y en especial Fallos: 240:160). Exigencias que son aplicables no sólo respecto del fallo definitivo de la causa, sino también respecto de cualquier decisión reservada a los jueces por la Constitución Nacional (voto del juez Petracchi en Fallos: 315:1043).

De suerte tal que si la sentencia de absolución no tiene fundamento alguno, o si sólo está revestida de una apariencia de fundamentos, la tesis de que no procede una apelación del acusador contra la sentencia de absolución no puede sustentarse desde un punto de vista constitucional, porque ello equivaldría a sostener que el principio *ne bis in idem* impone tolerar sentencias de absolución infundadas o en otros términos arbitrarias y no meramente erróneas.

Concluyo pues, de modo intermedio, que no puede inferirse directamente de la Constitución Nacional que el recurso que la ley concede a un acusador contra la sentencia de absolución sea siempre y en todo caso inconciliable con la prohibición *ne bis in idem*.

Ello no excusa de indagar si los instrumentos internacionales de derechos humanos que son complementarios de la primera parte de la Constitución (art. 75, inc. 22, C.N.), ofrecen un punto de sustento para decidir el punto.

Esos instrumentos conciben la prohibición *ne bis in idem* con un alcance distinto del que la defensa pretende otorgarle. En efecto, el art. 8.4 CADH expresa que “*El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*” (el resaltado me pertenece); mientras que el art. 14.7 PIDCyP dispone que “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país” (el resaltado me pertenece). Es común a ambos instrumentos, que no tienen sin embargo un texto idéntico, que la prohibición opera a partir de la firmeza de la sentencia. Tal firmeza no depende de las disposiciones internacionales, sino que se define de acuerdo con la ley y el procedimiento domésticos.

En lo que concierne al art. 8.4, CADH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había declarado en el caso “Alan

García c. Perú” ha declarado que en aquel texto el término *imputado absuelto* “*implica aquella persona que luego de haber sido imputada de un delito ha sido declarada exenta de responsabilidad, ya sea porque la absolución se produzca por haberse demostrado su inocencia, por no haberse probado su culpabilidad o por haberse determinado la falta de tipificación de los hechos denunciados*”, y que la expresión *sentencia firme* no debe interpretarse “*en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, "sentencia" debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y "sentencia firme" como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada*”. Y ha reiterado que “*la protección consagrada en el artículo 8 inciso 4 se extiende implícitamente a casos en los cuales la reapertura de una causa produce los efectos de reaver cuestiones de hecho y de derecho pasadas en autoridad de cosa juzgada*” (confr. Com. IDH, caso n° 11.006, Informe 1/95, de 07/02/1995).

Más tarde, en el caso “Lino César Oviedo c. Paraguay”, la Comisión IDH precisó el alcance del art. 8.4 CADH en estos términos: “*El carácter de "firme" lo adquieren las sentencias contra las cuales ya no procede ningún recurso ordinario o extraordinario*”. (Comisión IDH, caso n° 12.013, Inf. 88/99, de 27/09/99, § 34).

Por lo demás, no es ocioso destacar que en varias oportunidades en los que la Corte IDH declaró la existencia de violaciones al art. 8 CADH, ha establecido que el Estado debía realizar un nuevo juicio como forma de reparación (confr. p. ej. “Castillo Petruzzi c. Perú”, Serie C., n° 52, § 221 y punto dispositivo 13; “Cesti Hurtado c. Perú”, Serie C., n° 56, § 129, y decisión de interpretación de sentencia, Serie C., n° 65, §§ 16, 17 y punto dispositivo 2; “Ramírez c. Guatemala”, Serie C., n° 126, § 130.a).

Por otra parte, en el caso del art. 14.7 PIDCP, tal interpretación puede ser sustentada en el recurso a los trabajos preparatorios, en particular a las enmiendas propuestas en el Tercer Comité de redacción de la Asamblea General de la ONU. Una previsión sobre la inmunidad contra la doble

persecución no existía en el primer borrador, y su inclusión se debió a la iniciativa de Italia y Japón que habían propuesto insertar en el art. 14 la siguiente cláusula “*No one shall be traed trice for the same offence*” (“*Nadie será juzgado dos veces por el mismo delito*”). Ello dio lugar a una propuesta de enmienda en estos términos *No one shall be liable to be traed or punished again for the same offence for wich he has finally been convicted or acquitted* (“*Nadie será pasible de ser juzgado y penado de nuevo por el mismo delito por el que ha sido condenado o absuelto por sentencia firme*”). Una propuesta de siete países promovió la inclusión de un párrafo que aclarase el término “*finally convicted or acquittes*” en los siguientes términos: *In this context ‘finally convicter or acquitted’ signifies that all ordinary methods of judicial review and appeal have been exhausted and that all waiting periods have expired* (“*En este contexto ‘condenado o absuelto por una sentencia firme’ significa que todos los medios ordinarios de revisión y apelación judiciales han sido agotados y que todos los plazos han expirado*”). Sin embargo, finalmente se acordó una fórmula más simple que dio lugar al texto aprobado con el agregado final del último párrafo “*condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*” (documenta este punto BOSSUYT, Marc, *Guide to the ‘Travaux préparatoires’ of the internacional Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Londres-Lancaster, 1987, ps. 316/317). La inclusión del término *finally convicted or acquitted* había suscitado preocupación en el Tercer Comité de redacción, pues algunos temían que esos términos podrían obstar a nuevos juicios, incluso en los casos en los imputados fuesen absueltos por error, y se destacaba que ciertas legislaciones nacionales permitían la realización de un nuevo juicio bajo ciertas condiciones, dentro de cierto límite de tiempo (WEISSBRODT, David, *The right to a fair trial*, Martinus Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 2001, p. 74) La propuesta de inserción de un segundo párrafo tendía aclarar el punto, pero se objetó que no era suficientemente aclaratoria y que en general no era aconsejable insertar esa clase de párrafos aclaratorios en los artículos del proyecto de Convenio, y se entendió que era preferible el texto más corto finalmente acordado “*in accordance with the law and procedure of each country*”, que según el autor de la enmienda calificaba

los términos "*finally convicted or acquitted*" (BOSSUYT, Marc, *op. y loc. cit.*; para la discusión vide WEISSBRODT, *op. cit.*, p. 75 y tb. NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Engel Verlag, Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1993, p. 272, nro. 80.

El Comité de Derechos Humanos en la Observación General n° 32 sobre el art. 14 del Pacto (de 23/08/2007), ha declarado que el art. 14.7. "*encarna el principio de la cosa juzgada*" y que "*esta disposición prohíbe hacer comparecer a una persona, una vez declarada culpable o absuelta por un determinado delito, ante el mismo tribunal o ante otro por ese mismo delito*", (confr. Doc. ONU CCPR/C/GC/32, § 54). Aunque no ha formulado una observación expresa sobre la cuestión de la apelación contra las sentencias de absolución, sí ha declarado que "*la prohibición del párrafo 7 del artículo 14 no se aplica si un tribunal superior anula una condena y ordena la repetición del juicio*" y que "*tampoco se aplica a la reanudación de un juicio penal que se justifique por causas excepcionales, como el descubrimiento de pruebas que no se conocían o no estaban disponibles en el momento de la absolución*" (ibídem, § 56).

En todo caso, habida cuenta de que esas disposiciones remiten a la ley y el procedimiento de cada país, la apelación del acusador contra una sentencia de absolución no entrará en conflicto con la prohibición de doble enjuiciamiento según está enunciada en esas disposiciones, sólo y en la estricta medida en que la ley y el procedimiento domésticos conceden al acusador un derecho de apelación.

Concluyo pues que lo que no puede inferirse directamente del texto de la Constitución Nacional, tampoco puede ser complementado –en el sentido que pretende la defensa del imputado- mediante el recurso a las disposiciones de los arts. 8.4 CADH y 14.7 PIDCP, que no dan sustento a la pretensión que pretende derivar de ellos.

En conclusión, entiendo que no existe una doctrina constitucional firme y claramente establecida por la Corte Suprema que haya dotado a la prohibición *ne bis in ídem* de un alcance tal que precluya la posibilidad de un recurso acusatorio contra una sentencia de absolución y que ponga en crisis la constitucionalidad de los arts. 458 y 460 C.P.P.N. Que los argumentos de los

votos de los jueces Petracchi, Fayt y Lorenzetti en el caso “Sandoval”, no sustentan a mi juicio –de modo suficiente e incuestionable- tal inteligencia constitucional. Y que tampoco puede derivarse una tal inferencia de los arts. 8.4 CADH y 14.7 PIDCP. Por ello entiendo que la objeción que la defensa ha formulado en el término de oficina debe ser desestimada.

-V-

El examen de admisibilidad del recurso de la querella contra la sentencia de absolución de fs. 902, cuyos fundamentos obran a fs. 903/939, no está sin embargo agotado.

Observo que al cabo del debate la representante del Ministerio Público había solicitado la absolución del imputado y expuesto los fundamentos de su pretensión (confr. acta del debate, fs. 895 vta. y ss.). Sin perjuicio de ello, el *a quo* se consideró habilitado a dictar sentencia no obstante esa pretensión, y consideró y decidió sobre el mérito de la acusación dirigida por la querella.

La interpretación inferida de los arts. 8.1 y 25 CADH en el caso “Santillán”, ha sido mantenida por la Corte Suprema, en su actual integración –aunque por estricta mayoría- en el caso de Fallos: 329:5994 (“Juri, Carlos Alberto”, Carlos Alberto”). En este caso puede considerarse que la Corte Suprema ha sostenido la doctrina en punto a la habilitación del querellante para promover una sentencia de condena por delito de acción pública aun en el caso en el que el Ministerio Público hubiese solicitado la absolución al cabo del debate, y agregado ahora que tiene también el derecho de recurrir contra la sentencia absolutoria, en los límites que fija el art. 458 C.P.P.N. A este último respecto ha declarado la existencia de un *“derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los arts. 8, ap. 1º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -más allá de que el recurrente haya pretendido fundar la inconstitucionalidad de los límites aludidos [del art. 458 C.P.P.N.] en la disposición del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual, por cierto, este*

Entiendo que los fundamentos de ese voto que se acompaña, y que debe considerarse parte integrante de los fundamentos de la presente intervención, dan suficiente respuesta y consideración a cuestiones no examinadas por la Corte Suprema en los casos “Santillán” y “Juri”, que autorizan a decidir el caso sin sujetarse a aquella doctrina de la Corte.

Con esto bastaría a mi juicio para sellar la inadmisibilidad del recurso de la querella.

-VI-

Sin embargo, a mayor abundamiento, entiendo que examinada la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por la querella a la luz de los arts. 458 y 456 C.P.P.N., aún en este estado (confr. causa n° 10.310 “Saliatti, Ángel F. s/rec. de casación”, reg. n° 14.323, rta. el 22 de abril de 2009), el remedio es también inadmisibile por otras razones.

A ese respecto, si bien está satisfecho el presupuesto del art. 458, inc. 1, C.P.P.N., observo que, bajo la invocación de arbitrariedad y defecto de fundamentación de la sentencia la querella pretende en definitiva una revisión de cuestiones de hecho y de valoración de la prueba no comprendidas en el art. 456 C.P.P.N.

Sobre ello señalo que la sentencia ofrece en lo formal una adecuada fundamentación, en la que ha tomado nota del marco de conflictividad existente los padres de la niña al momento de promoción de la denuncia, y ha realizado un exhaustivo examen de los elementos de prueba producidos en el debate, en particular, de los dichos de la niña que se alega habría sido víctima de los abusos recibidos por los distintos profesionales que la habían entrevistado, y de las opiniones de éstos, emitidas en sus respectivos informes y dictámenes y en su caso, en la audiencia de juicio, así como el informe y declaración de una psiquiatra del Cuerpo Médico Forense y las declaraciones de la maestra de la niña, al cabo del cual concluyó que no podría convencerse, fuera de toda duda razonable, de la existencia de los hechos por los que la querella mantenía su acusación (confr. fs. 933/938).

En rigor, bajo la invocación de arbitrariedad e infracción al art. 123 C.P.P.N., el recurrente se queja del modo en que el *a quo* formó su

convicción, y le imputa omisión de valorar los dichos de la niña (confr. esp. fs. 981). Una omisión de tal tenor podría eventualmente configurar arbitrariedad por omisión de consideración de un elemento de prueba esencial. Empero la afirmación que se ha omitido considerar los dichos de la niña es incorrecta y no consulta las circunstancias del caso, en las que la niña jamás fue oída directamente por el tribunal de juicio, sino que sus dichos atribuidos a la niña han sido conocidos por la vía indirecta de las declaraciones de la madre, y de la abuela, del registro de video de la entrevista realizada con la niña en una cámara Gessell a tenor del art. 255 bis C.P.P.N., y de las declaraciones de los licenciados en psicología Ana María Barquietto, Mario Héctor Ostera, Norma Griselda Miotto, Alicia Beatriz Cortalezzi, María Cristina Militte. Todas esas declaraciones han sido objeto de consideración y valoración en la sentencia, y en todo caso, los agravios del recurrente se ciñen a la discrepancia sobre el valor que el a quo les ha dado, y a las conclusiones que ha extraído sobre su suficiencia para formarse una convicción sobre los hechos de la acusación.

-VII-

Por ende, concluyo que el remedio interpuesto resulta inadmisibile porque su objeto no está comprendido en ninguno de los supuestos del art. 456, C.P.P.N., y el querellante no tiene derecho a una revisión más amplia, por las razones que se han asentado al inicio de este punto.

Tal es mi voto.

Los señores jueces doctores **Guillermo J. Yacobucci** y **W. Gustavo Mitchell** dijeron:

Que adhieren al voto que antecede.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE**: Declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto (arts. 444 y 456, C.P.P.N.).

Regístrese, agréguese a fojas precedentes copia de la sentencia

dictada en la causa n° 8594 “Benac, Cecilia del Carmen s/recurso de casación” (rta. el 17/02/2009, registro n° 13.869), notifíquese en la audiencia designada a los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.